



Legitimación en la causa y el derecho de acción en las controversias contractuales

Yair Arboleda Guzmán

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal

Tutora

Victoria Eugenia Bohórquez Hernández, Magister en Derecho UdeA.

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Procesal
Medellín, Antioquia, Colombia
2021

Cita	(Arboleda Guzmán, 2021).
Referencia	Arboleda Guzmán, Y. (2021). <i>Legitimación en la causa y el derecho de acción en las controversias contractuales</i> [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo	APA 7
(2020)	



Especialización en Derecho Procesal, Cohorte XIV.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano: Luquegi Gil Neira.

Coordinadora de Posgrados: Juliana Pérez Restrepo.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen. La legitimación en la causa adquiere especial relevancia de cara al derecho de acción, como un pilar para materializar la garantía del acceso real y efectivo a la administración de justicia. Por ello, para analizar el alcance del concepto en el medio de control de controversias contractuales, se efectuó un acercamiento a la definición que se ha dado al mismo desde la jurisprudencia del Consejo de Estado; estudio que se adelantó a la par de instituciones como interés jurídico, el daño antijurídico y la teoría de motivos y fines. Posteriormente, nuevamente con apoyo de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina, se identificaron las diferentes alternativas que brinda el medio de control, desde los múltiples escenarios que se derivan del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, tanto para el enjuiciamiento del contrato como los denominados actos precontractuales. Es así como, finalmente, se logró determinar que la teoría de los motivos y fines es el sustento principal para determinar la legitimación en la causa o interés particular para obrar cuando se adelante la discusión de actos administrativos en uno u otro medio de control.

Palabras clave: derecho de acción, legitimación en la causa, interés directo, controversias contractuales, nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho.

Abstract. The legitimation in the case acquires special relevance in the face of the right of action, as a pillar to materialize the guarantee of real and effective access to the justice's administration. Therefore, to analyze the scope of the concept in the means of control of contractual disputes, an approach was made to the definition that has been given to it from the jurisprudence of the Council of State; study that was carried out alongside institutions such as legal interest, unlawful damage and the theory of motives and ends. Subsequently, once again with the support of the jurisprudence of the Council of State and the doctrine, the different alternatives offered by the means of control were identified, from the multiple scenarios derived from article 141 of Law 1437 of 2011, both for the prosecution of the contract as the so-called pre-contractual acts. This is how, finally, it was possible to determine that the theory of motives and ends is the main support to determine the legitimacy in the cause or particular interest to act when the discussion of administrative acts is advanced in one or another means of control.

Keywords: right of action, legitimation in the cause, direct interest, contractual controversies, nullity, nullity and restoration of the right.

Sumario. Introducción. 1. El derecho de acción y su relación con la legitimación en la causa. 1.1 Concepto de interés jurídico para obrar -noción de interés directo-. 1.2 Daño antijurídico en el medio de control de controversias contractuales. 1.3 Teoría de los Motivos y finalidades. 1.4 La legitimación en la causa. 1.4.1 Legitimación en la causa en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. 1.4.2 Legitimación en la causa y su distinción con el concepto de parte. 1.4.3 La competencia como fundamento para la legitimación en la causa. 1.4.4 Legitimación en la causa y su relevancia en la Ley 1437 de 2011. 2. Legitimación en la causa en el medio de control de controversia contractual. 3. Los medios de control de los actos previos o separables del contrato. 3.1 El medio de control de nulidad. 3.1.1 Acto administrativo de apertura del proceso y pliego de condiciones definitivo. 3.1.2 Acto administrativo de clasificación y calificación en el registro de proponentes. 3.2 El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. 3.2.1 Acto administrativo de clasificación y calificación en el registro de proponentes. 3.2.2 Acto administrativo de adjudicación. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

Este trabajo pretende hacer un aporte en la recopilación y sistematización de la legitimación en la causa y el denominado interés de parte dentro del medio de control de controversias contractuales con los diferentes alcances que surgen del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, teniendo como principal objetivo el establecer el alcance de la legitimación en la causa derivado del referido medio de control desde la jurisprudencia y la doctrina.

Resulta apremiante considerar que la legitimación en la causa es una institución procesal, pero con estrecha y directa relación con el derecho sustancial, por lo que su entendimiento y aplicación es útil para garantizar el derecho de acción tanto para quien acuda al proceso como demandante como quien pretenda resistir, ya que de uno se exige la acreditación del derecho y del otro la carga obligacional de su satisfacción.

La legitimación en la causa se pretende presentar en este trabajo como una institución procesal que permitirá garantizar el derecho de acción dentro del medio de control de controversias contractuales, tanto para quien acuda al proceso por activa, teniendo certeza de poder llegar a una sentencia de fondo, como para quien lo haga por pasiva, con la posibilidad de asumir la carga obligacional que se imponga, esto siempre que esta persista, por lo que de no ser así, pueda desvincularse del proceso y no encontrarse obligado a permanecer en este y soportarlo durante un amplio termino para su definición asumiendo las cargas del proceso.

Para dar inicio al objetivo propuesto, en el primer capítulo, resulta obligatorio adelantar una distinción de los conceptos de legitimación en la causa y de parte, así como la determinación del interés que reclama la Ley 1437 de 2011 para legitimar a algunos denominados terceros en el ejercicio del medio de control de controversias contractuales, máxime que dentro de la regulación que trae el artículo 141 se desprende la posibilidad de ejercer diferentes medios de control e incluso se faculta a terceros para actuar en el proceso con la pretensión de nulidad del contrato y se da por el legislador una condición de parte especial al Ministerio Público.

El capítulo segundo se aborda desde el análisis del medio de control denominado controversias contractuales propiamente dicho, el cual parte desde la existencia del contrato y la legitimación que recae en las partes contractuales y eventuales terceros, respecto a su enjuiciamiento en diferentes escenarios de la controversia, por lo cual se asumirá la discusión, a partir de diversas actuaciones que se dan tanto en la ejecución del contrato como en la etapa pos contractual, siendo de particular interés con relación a la liquidación del contrato.

Avanzando en el tercer capítulo, se expondrá a partir de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, que son los contemplados por la Ley 1437 de 2011 en el artículo 141, como los mecanismos de control judicial de la legalidad de los actos administrativos precontractuales, haciéndose su estudio a partir de los principales actos administrativos que se presentan en dicha etapa, con la referencia pertinente de la jurisprudencia y la doctrina al respecto.

1. El derecho de acción y su relación con la legitimación en la causa

El derecho de acción constituye un derecho fundamental contemplado en el artículo 229 de la Constitución Política, el cual prescribe la garantía “*de toda persona para acceder a la administración de justicia*”, y propende por “*garantizar la prestación jurisdiccional a todos los individuos, a través del uso de los mecanismos de defensa previstos en el ordenamiento jurídico*” (Colombia. Corte Constitucional, 2011).

Acceso a la administración de justicia que en realidad no se agota con el ejercicio del derecho de acción y menos se puede entender que se limita a la participación en juicio o con la simple presentación de la demanda (Colombia. Corte Constitucional, 2016), por cuanto aquel implica “*que los jueces profieran decisiones de fondo en las que se protejan los derechos vulnerados, o en caso contrario, brindando a los recurrentes la posibilidad impugnar las decisiones*” (Colombia. Corte Constitucional, 2008).

En ese orden de ideas, dado el carácter fundamental del derecho de acción y hallarse en estrecha relación con el principio de acceso a la administración de justicia real, material y efectiva, es necesario adelantar su estudio a partir de un enfoque principialístico, para lo que se expondrán algunos conceptos y características emanadas de su categoría de principio y que resultarán útiles para el entendimiento del derecho y el desarrollo del presente escrito.

Los principios son, en nuestro ordenamiento jurídico, fuente material y formal, por lo que ostentan una posición que los ubica, en palabras de Valencia (2018, p. 134), por encima de las reglas, dada su función creadora; a la par de las reglas, por su función interpretadora; y por debajo de las reglas, por su criterio auxiliar de la actividad judicial, especialmente con la relación a la función interpretativa.

Se tiene, como lo comenta Carlos Medellín (2015), en el enjuiciamiento de los actos administrativos, si bien los principios deber ser asumidos “con amplitud funcional” cuando se trata de su confrontación directa constitucional, en su confrontación con la ley, se encuentran limitados. Por tanto, dice el mencionado autor, en los casos de legalidad los principios se circunscriben a su carácter integrador e interpretativo, restringiéndose la creadora al texto legal (Medellín, 2015, p. 43).

Los principios como fuente material del derecho, “*indican la materia o contenido que debe tener o no las fuentes formales generales (...) como las fuentes formales particulares, cuales las jurisdiccionales, que con las sentencias crean normas singulares o individuales en el contexto y el acto administrativo*” (Valencia, 2018, p. 136). Los principios en consecuencia tienen tres funciones esenciales: crear, interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, superando las funciones de otras fuentes del derecho, que por lo general solo cumplen una, máximo y eventualmente dos funciones (Valencia, 2018, p. 136).

Además de su integración y base constitucional, puede afirmarse que los principios constitucionales permean todo el derecho y, por tanto, el valor normativo de la constitución reclama establecer el “*principio de la interpretación conforme con la constitución de todo el ordenamiento jurídicos en el momento de su aplicación*” (García de Enterría y Fernández, 2020a, p. 132). Ahora, el valor normativo de la constitución “*se predica no sólo de aquellos contenidos de la misma que tengan una formulación preceptiva o prescriptora, sino de la totalidad de su contenido*” (García y Fernández, 2020a, p. 135), por lo que se torna en “normas dominantes” frente a la creación en general del ordenamiento jurídico, lo que sustenta su prevalencia “*para dar sentido específico al complejo normativo aplicable*” (García de Enterría y Fernández, 2020a, p. 134).

Dentro de esta interpretación, la Constitución ha establecido como principio fundamental del Estado la prevalencia del interés general (Colombia. Constitución Política, 1991, art. 1), el cual precisa Quinche (2018), se debe entender como el “*interés por los derechos fundamentales, compartido por la comunidad de los seres humanos, no el simple interés del presidente de la república, de un sector de la población o de la mayoría de los ciudadanos*” (p. 58). Afirmación que igual encuentra eco en la doctrina foránea, en cuanto a que la interpretación constitucional debe darse “*en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales*” (García de Enterría y Fernández, 2020a, p. 133).

El derecho de acción como parte esencial del principio y derecho fundamental del derecho al acceso a la administración de justicia¹, exige según Quinche (2018, pp. 565 - 567), una protección y atención particular que favorezca en mayor medida su concreción y efectividad, lo que comprende contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y obligaciones, estableciéndose para ello un juez autónomo, pero cuya autonomía interpretativa no es absoluta ni se presenta como sinónimo de la arbitrariedad.

Indica en este sentido el comentado constitucionalista, que esta autonomía encuentra límites en: la vigencia del principio democrático, que obliga al juez a aplicar el derecho vigente; en la consulta del derecho fundamental a la igualdad de trato jurídico, vinculando a los funcionarios públicos -entre ellos los jueces- al precedente jurisprudencial; y con el derecho de acceso a la administración de justicia, del cual emana el derecho a un fallo justo en términos de justicia material (Quinche, 2018, pp. 565 - 567).

Se puede concluir a partir del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, que no es posible en la configuración de la ley -y los procedimientos- ni mucho menos en la interpretación judicial, asumir la postura interpretativa que restrinja sin justificación los derechos y la finalidad de las posturas jurídicas, motivo por el cual, debe tenerse presente la totalidad del marco jurídico como un sistema que se integra y relaciona para llevar a cabo los propósitos y fines del Estado, por lo que no es dable interpretaciones que cercenen el derecho de acceso a la administración de justicia y mucho menos aquellos que vayan contrario a los derechos fundamentales, a las finalidades del Estado y a la prevalencia del interés general.

La anterior afirmación y con el propósito de dar un contexto que enmarque el desarrollo del presente trabajo, permite sostener que, la interpretación que se dé a las normas procesales y en especial aquellas que regulan los diferentes medios de control que operan en la controversia contractual, no pueden ser, en caso de vacíos o vaguedades, aquella que limiten el derecho de acción y de acceso a la administración de justicia, y mucho menos la que en un juicio de ponderación arroje como resultado la prevalencia de la legalidad -por ejemplo-, sobre el interés general y la participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones que los afecten (Colombia, Constitución Política, 1991, art. 2) sin mayores razonamientos.

Teniendo como contexto lo antes expuesto, el derecho de acción toma una relevancia importante en el análisis de los medios de control de controversia contractual, nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho a partir de la distinción propia de su objeto y naturaleza, debiéndose tener presente al momento de analizar su procedencia, una serie de conceptos y razonamientos que permitirían su alcance, tales como los de la legitimación en la causa, el interés jurídico para obrar, el daño antijurídico y como agregado especial, la teoría de los motivos y fines desarrolladas por el Consejo de Estado, instituciones que por su relevancia para el desarrollo de este escrito, se expondrán a continuación.

1.1 Concepto de interés jurídico para obrar -noción de interés directo-

Respecto al interés procesal para actuar, comenta la doctrina que este es de desarrollo originalmente francés en las acciones contenciosas administrativa, lo que ha venido siendo acogida por la legislación civilista española -así como la colombiana-, superándose un simple concepto de legitimación, permitiendo ser al interés la clave en la supervisión de la actuación de la

¹ La categoría de derecho fundamental del derecho de acción es analizada y reconocida entre otras, en la sentencia C-426 de 2002.

administración por cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico “y no sólo la infracción directa de las titularidades subjetivas típicas” (García de Enterría y Fernández, 2020b, p. 653)

Se precisa entonces que la legitimación por interés es un concepto más amplio que el de simple interés directo, ya que, como lo comenta García de Enterría haciendo análisis de la jurisprudencia española, como “*interés legitimador hay que entender aquel que, de prosperar el recurso produciría algún beneficio de cualquier tipo en favor del accionante*” (García de Enterría y Fernández, 2020b, p. 653). Precisa el mismo tratadista que “*debe ser en todo caso un interés actual, no meramente potencial, ni futuro*” (García de Enterría y Fernández, 2020b, p. 655), por lo que “*la jurisdicción contenciosa administrativa no está para prevenir o evitar agravios futuros, sino simplemente para restaurar los agravios o perturbaciones ya producidos*” (García de Enterría y Fernández, 2020b, p. 655).

En ese orden de ideas, el concepto de interés en materia de enjuiciamiento, ya solo no debe limitarse estrictamente al criterio restringido que se contemplaba por la doctrina en cuanto a que “*ese interés directo radica en cabeza de los licitantes proponentes*” (Palacio, 2019, p. 480), toda vez que debe observarse en clave del derecho de acceso a la administración de justicia a partir de dos tipos de interés, el de la legalidad² y el del resarcimiento del daño antijurídico, a efectos de definir el interés que prima y tener así las pautas para establecer la legitimación.

En la actualidad, el concepto de interés se analiza desde el daño y la posibilidad de su resarcimiento, por lo que ha sostenido el Consejo de Estado, hablando de la posibilidad de demandar la nulidad del contrato, que el interés directo a que se refiere el legislador no es el de la simple tutela de la legalidad, sino que se exige reportar un beneficio personal³.

1.2 Daño antijurídico en el medio de control de controversias contractuales

Cuando se aborda el tema de la responsabilidad, tal como lo comenta Cristian Díaz (2020, pp. 287 - 288), no existe claridad desde la doctrina de cuales son en estricto sentido los elementos que constituyen la responsabilidad contractual del Estado, por lo que, atendiendo a la doctrina y jurisprudencia actualmente imperante, se tendrá como elementos de la responsabilidad y que emanan de la cláusula general de responsabilidad del Estado prevista en el artículo 90 de la Constitución, el daño y la imputación jurídica (Colombia. Consejo de Estado, 2011b).

El daño, ha dicho Escobar (1989, pp. 165 - 177), corresponde al menoscabo, detrimento o perjuicio que experimenta una persona; concepto desprovisto de toda calificación relevante para el derecho *per se*, por cuanto, en palabras del aludido profesor, lo que es importante parte de la cualidad de daño antijurídico y con ello surge necesario el análisis desde la antijuridicidad del daño.

Hablar de daño antijurídico impone sustentarse desde la obligación jurídica de reparar, y como lo comenta Escobar Gil (1989, p. 167), dicha antijuridicidad del daño en la responsabilidad administrativa se funda en el análisis objetivo de la responsabilidad, el cual parte de la “*garantía de la integridad del patrimonio de los particulares*” (Escobar, 1989, p. 170), precisando el profesor Escobar, que la antijuridicidad del daño parte de la lesión antijurídica del patrimonio, el cual ya no se estudia desde la conducta del autor o infractor siendo contraria a derecho, sino con más simpleza

² Cuyo sustento se encuentra desarrollado en la Constitución Política y emana del Estado Social de Derecho que pregona el artículo 1, así como del preámbulo que tiene fuerza vinculante, interpretativa y es transversal a la Carta, tal como lo sostienen la Corte Constitucional en sentencia C-479 de 1993.

³ Ver por ejemplo sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de noviembre de 2020, Exp. 66022.

aun, desde la idea que el detrimento patrimonial, por lo que lesión parte del supuesto que “*el sujeto que lo sufrió no tenga el deber jurídico de soportarlo*” (Escobar, 1989, p. 171).

La doctrina ha expuesto que el daño antijurídico es el primer elemento a acreditar en la responsabilidad del Estado, por lo que si bien no es elemento suficiente si es indispensables en la declaración de la responsabilidad estatal (Henaó, 1998, p. 38), siendo el daño la razón de ser del estudio de la responsabilidad y ante su ausencia resulta inoficiosa cualquier acción, por lo que es el daño la causa y finalidad de la reparación (García, 2009, p. 13).

Por su parte, el daño antijurídico contractual se ha definido “*como la lesión del derecho de crédito de una de las partes del contrato, derivada del incumplimiento de las obligaciones*” (Díaz, 2020, p. 291). Sin embargo, tal definición no es del todo acertada, ya que es posible, que el daño antijurídico llamado a indemnizar no surja necesariamente de un incumplimiento, mal funcionamiento o conducta reprochable de la Administración, como se resalta de la sentencia de la Corte Constitucional C-333 de 1996, por lo que el incumplimiento contractual solo es una de las causas o fuentes del daño.

La noción de daño antijurídico contractual, es entonces más amplia que su definición a partir del incumplimiento de las obligaciones, razón por la cual, resulta pertinente la definición que Escobar Gil (1989) presenta y que relaciona con mejor aceptación al interés en cuanto a que “*el interés es el daño en abstracto, es una relación objetiva entre el hombre que experimenta una necesidad y un bien por medio del cual el sujeto aprovecha la aptitud del ente para satisfacer la necesidad*” (p. 177), daño que en principio es desprovista de toda valoración subjetiva y que radica en la idea de la necesidad de una contraprestación y su no satisfacción, pero que -y por demás pertinente- nos sirve para estructurar y enfatizar el análisis de la legitimación a partir del concepto de interés, siendo este equivalente al derecho a ser reparado por no estar obligado a soportarlo.

Partiendo de la noción de daño antijurídico contractual, una vez establecido que esta no solo radica en la conducta errada del autor, ya que puede predicarse tanto de los proponentes como de la entidad, por lo que el daño eventualmente surge de la abstención de suscribir el contrato o no presentar la información válida o verdadera, así como de los incumplimientos contractuales propiamente dichos, o simplemente fundados en la teoría del desequilibrio económico del contrato, dándose como fuentes de la responsabilidad contractual o precontractual – *in contrahendo* –, además de la ley, el pliego y el contrato, la violación a los principios de la buena fe, la confianza legítima, la igualdad y la indemnidad y protección del patrimonio de los particulares (Escobar, 2014, pp. 273 - 274), nace así el daño antijurídico y su deber de reparar “*con base en el principio constitucional de que nadie está obligado a soportar daño antijurídico*” (Escobar, 2014, p. 286).

1.3 Teoría de los motivos y finalidades

La Ley 1437 de 2011 positivizó en los artículos 137 y 138 la teoría que durante años ha venido desarrollando la jurisprudencia y es conocida como motivos y finalidades, advirtiendo que esta orienta la selección del medio de control atendiendo al análisis de la utilidad, finalidad y objeto que se pretenda, por cuanto la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho conlleva cada uno sus propios requisitos y características que lo hacen inconfundible e incluso incompatibles, no siendo dado a las partes ni al juez, en principio, desconociendo la esencia de las cosas, elegir a su arbitrio y acomodo el medio de control precedente.

Estableció el legislador en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, que es posible demandar en ejercicio del medio de control de nulidad “*las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro*”, las cuales son creadoras de derechos subjetivos y concretos. Incluso con

mayor claridad se advierte la aplicación de la teoría, cuando se prevé en la ley que excepcionalmente podrá “*pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular*”, en casos que en principio parecerían especiales, pero que en realidad conllevan en si un alcance muy amplio dada la definición legal de las excepciones.

El principal criterio diferenciador para la teoría, se encuentra en el numeral 1 y el párrafo del artículo 137, en cuanto indica que deberá ejercerse en todo caso la nulidad y restablecimiento del derecho, cuando, independiente de si el interés principal es la protección del ordenamiento jurídico -la legalidad- o se trate de un acto administrativo de carácter general, de su nulidad se desprenda bien por pretensión o bien de manera automática, un restablecimiento del derecho.

Debe tenerse presente que el medio de control de nulidad “*busca el restablecimiento de la legalidad para asegurar la actuación lícita de la Administración, tiene un fin altruista, pues quien ejercita la acción no puede perseguir ningún otro interés que el de restaurar el orden jurídico vulnerado con el acto*” (Palacio, 2019, p. 307); por lo que, según lo explica el Consejo de Estado (2017): “*la acción de simple nulidad procede contra los actos de carácter general y particular, caso este último cuando comporte un especial interés para la comunidad y, cuando no se esté en presencia de una pretensión litigiosa*”.

Por su parte, la nulidad y restablecimiento del derecho contemplada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, tiene un criterio particular y que se basa en la impugnación de una norma jurídica que vulnere o lesione un derecho subjetivo y por ello se legitima al demandante a “*pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño*”. En consecuencia, se sostiene que “*en el contencioso de restablecimiento debe existir un interés particular de quien se cree lesionado en su derecho por el acto cuya nulidad se reclama*” (Colombia. Consejo de Estado, 2017); por tanto, el interés del demandante no solo se limita a buscar el control de legalidad.

Se observa que la teoría de los motivos y finalidades es un criterio que también debe desarrollarse y tenerse a consideración al momento de enjuiciar actos administrativos precontractuales, por cuanto, se presentan en la práctica una serie de discusiones, donde es necesario a la par de la teoría comentada, analizar el concepto de interés, en especial para sustentar o concluir que, el interés para demandar no solo atiende a un derecho subjetivo o la reparación del daño antijurídico, sino que este interés también puede surgir de la protección abstracta del ordenamiento jurídico y de la legalidad del acto (Colombia. Consejo de Estado, 2010).

Se concluye, que la teoría de motivos y finalidades, que en la actualidad encuentra pleno reconocimiento legislativo y concreción en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, permite ejercer los medios de control contencioso objetivo o subjetivo, no simplemente partiendo de si son actos de carácter particular y concreto, sino del interés del actor, que desde ya se afirma, parte del criterio del restablecimiento del derecho -pretendido o automático- y de la indemnización de perjuicios.

1.4 La legitimación en la causa

Para iniciar el estudio de la legitimación en la causa, resulta útil lo expuesto por Devís Echandía (2015) en cuanto a que esta no se identifica en estricto sentido con la titularidad del derecho sustancial y “*solamente puede explicarse en la doctrina tradicional, que considera la acción como el derecho sustancial en actividad o como un elemento del mismo*” (p. 231). Siendo la legitimación en la causa un presupuesto de la pretensión o de la oposición a esta y que se define en sentencia de fondo (Echandía, 2015, p. 233).

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la legitimación en la causa corresponde al análisis dirigido a determinar si, conforme con la relación jurídico sustancial, quien demanda y quien se opone cuentan con el sustento fáctico – jurídico para pretender (activa) y para oponerse (pasiva) a las pretensiones, por lo que “*la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir el mismo en el proceso*” (Colombia. Consejo de Estado, 2012b), lo que desde la doctrina se ha establecido, surge de la ley sustancial (Echandía, 2015, p. 260).

1.4.1 Legitimación en la causa en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa

La jurisprudencia del Consejo de Estado, acogiendo la tesis mayoritaria de la doctrina, ha establecido que la legitimación en la causa debe discutirse desde dos escenarios: la legitimación en la causa material - *legitimatío ad causam*- la cual es un elemento sustancial de la *litis* y corresponde “*a la capacidad jurídica procesal de las partes, que sí es un presupuesto procesal*” (Colombia. Consejo de Estado, 2012b); y la legitimación procesal o formal - *legitimatío ad processum*-, que se sustenta en esencia en un criterio de “efectividad”, por cuanto busca establecer “*la participación real de las personas en la situación jurídica (acto, hecho, conducta etc.) que da origen a la demanda*” (Colombia. Consejo de Estado, 2014c).

Sin embargo, no en pocas oportunidades se sostiene que “*la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir el mismo en el proceso*” (Colombia. Consejo de Estado, 2012b), limitando el concepto a lo formal o procesal, olvidando que se exige la verificación, por lo menos preliminar, con relación al objeto del litigio de la relación sustancial, por cuanto la falta de legitimación en causa “*se configura por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio*” (Colombia. Consejo de Estado, 2016b), lo que lleva a afirmar que “*quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron lugar a la demanda*” (Colombia. Consejo de Estado, 2016b).

En ese orden de ideas, para que se estructure la denominada legitimación en la causa material, es necesario que se constituya o funde la imputación en una relación o vínculo funcional o material con los hechos que den origen a lo que se reclama, siendo regla general, por la omisión basada en la posición de garante o la teoría de imputación objetiva y por la acción o la actividad directa del Estado, que puede ser lícita o ilícita -régimen objetivo o subjetivo-, esto último dado que la responsabilidad del Estado traslada el análisis a partir de los derechos de la víctima y ya no de la conducta del sujeto activo -configuración del daño antijurídico-.

Por lo anterior se entiende que el estudio de la responsabilidad en la actualidad y a partir del artículo 90 Superior, surge de la declaración del daño antijurídico basado en “*la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho*”, (Colombia. Consejo de Estado, 2015b), lo que en materia de imputación se entiende como “*la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño*” (Colombia. Consejo de Estado, 2017), sin que sea necesario la calificación de culposa, ilícita o falla.

Se observa que el Consejo de Estado ha estructurado desde su jurisprudencia una distinción entre lo que ha denominado la legitimación en la causa de hecho o formal y la legitimación en la causa material, reconociéndose la primera como la formulación o imputación de la responsabilidad

o carga obligacional, fundándose en un simple señalamiento que se sustente o bien fácticamente desde la participación en los hechos o en otros casos jurídicamente desde cargas prestacionales incumplidas o cumplidas defectuosamente, algunas de ellas basándose exclusivamente en la posición de garante y en otras en la solidaridad.

La clasificación ha sido empleada para evadir la obligación de resolver en instancias tempranas la legitimación, argumentándose que la legitimación formal se establece con la formulación de los hechos y pretensiones de la demanda, constituyéndose así la legitimación por activa de quien demanda y la pasiva a quien se le imputa o reclama la obligación; por lo que con esta simple definición se ha entendido satisfecha, por lo menos formalmente, la legitimación en la causa, mientras que la legitimación material solo puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio de fondo (Colombia. Consejo de Estado, 2019a), lo que permite que en algunos procesos se mantenga *“la presencia y permanencia de sujetos procesales que al final se determina no tuvieron participación efectiva en la situación que originó la demanda, pero frente a quienes se advertía -por lo menos en forma incipiente- que debían estar en el proceso”* (Colombia. Consejo de Estado, 2014a).

La legitimación en la causa, reclama que se analice -además de la posible relación sustancial- una relación fáctica que sustente la imputación, correspondiendo ir más allá de la simple referencia que se ha hecho a que la legitimación en la causa se entiende satisfecha con la imputación formal o el señalamiento que el demandante hace contra el demandado, pues no debe olvidarse que la legitimación en la causa identifica la pretensión procesal *“con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones”*. (Colombia. Consejo de Estado, 1990), por lo que, en materia de responsabilidad administrativa, esta reclama una revisión particular del concepto de parte y de competencia.

1.4.2 Legitimación en la causa y su distinción con el concepto de parte

La parte en los términos que explica Azula Camacho (2016, p. 243) atiende a la condición que adquiere quien comparece al proceso bien sea por la parte activa que es quien reclama; o contra quien se reclama un derecho, conocido como el sujeto o parte pasiva, sin consideración a que estos sean o no titulares del derecho en discusión, alcance que como se observa se relaciona directamente a la legitimación en la causa.

La Ley 1564 de 2012 establece en el artículo 53 que podrán ser parte en el proceso las personas naturales y jurídicas, los patrimonios autónomos, el concebido para la defensa de sus derechos y los demás que determine la ley. Sumado a esto, desde la jurisdicción contenciosa debe tenerse en cuenta otros conceptos que además otorgan otras características a la definición de parte, incluso otorgándose capacidad procesal o para acudir a juicio a organismos que no cuentan con personería jurídica, siendo para el caso las enlistadas en el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011 o para los consorcios y uniones temporales en virtud de la sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, Exp. 19933.

La legitimación en la causa resulta corresponde a un presupuesto procesal, entendida como *“una facultad que le asiste a una persona, sea natural o jurídica, para ostentar dicha calidad y, por ende, formular unas pretensiones atinentes a hacer valer un derecho subjetivo sustancial o contradecirlas y oponerse a ellas”* (Colombia. Consejo de Estado, 2016b); por tal razón, si bien no puede confundirse la capacidad para ser parte con la legitimación en la causa, es evidente que existe una estrecha relación entre estas dos, por lo que la legitimación en la causa no se sustenta con la capacidad para ser parte, ni aquella la otorga, pues la capacidad para ser parte surge exclusivamente

de la ley y la legitimación en la causa de la relación jurídica sustancial con la obligación y que sustenta la posibilidad de reclamar y el deber de cumplir.

1.4.3 La competencia como fundamento para la legitimación en la causa

La capacidad para ser parte y el concepto de capacidad en general en la actividad del Estado, tiene una estrecha relación con la competencia, pues la facultad de ser sujeto de derechos y obligaciones de las entidades públicas y sus agentes, solo surge de la ley y en este sentido la propio Carta impone que “[n]inguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” (Colombia. Constitución Política, 1991, art. 121), por lo que “[l]os organismos y entidades administrativas deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo”. (Colombia, Congreso de la República, 1998, art. 5).

Lo anterior, sin perjuicio de lo que se desprenda a partir del principio de coordinación (Colombia, Congreso de la República, 1998, art. 6); siendo responsables los servidores públicos por infringir la Constitución y la Ley, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (Colombia. Constitución Política, 1991, art. 6), debiéndose repetir contra estos, si el daño fue producto de su actuar doloso o gravemente culposo (Colombia. Constitución Política, 1991, art. 90); por lo que se le asigna al legislador la facultad para determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (Colombia. Constitución Política, 1991, art. 124), lo que impone que las funciones a ejercer estén plenamente detalladas en la ley o el reglamento (Colombia. Constitución Política, 1991, art. 122) y que las autoridades públicas en su actividad se limiten a ejercer las funciones expresamente designadas (Colombia. Constitución Política, 1991, art. 121).

Lo anterior reclama que al momento de iniciar la imputación -legitimación en la causa- se proceda a establecer con precisión a cargo de quién está la obligación en concreto y en particular las funciones -competencias- que sustentarían o configurarían el criterio normativo, obligacional y misional que se alegue fue desatendido absoluta o parcialmente, o la irregularidad que causa el daño, incluso, desde la teoría de la imputación objetiva, identificar de dónde surge la obligación de restablecer el derecho y reconocer la indemnización por el desequilibrio de las cargas públicas o el deber de garante.

El anterior ejercicio debe ser expuesto y sustentado fáctica y jurídicamente con la presentación de la demanda, analizándose por parte del juez desde lo meramente formal, con la razonabilidad en la probabilidad de acierto y prosperidad para sustentar la legitimación en la causa de hecho, estando en cabeza de la opositora desvirtuar o controvertir estas afirmaciones. El simple hecho que no se advierta dentro de las funciones -competencias- como establecida aquella obligación que se reclama incumplida o no se sustente fáctica y jurídicamente la misma, da lugar a declarar la falta de legitimación en la causa -de hecho-.

Contrario *sensu*, en la legitimación en la causa material, lo que se exige es acreditar los elementos fácticos y jurídicos alegados en la demanda, esto es, demostrar desde lo jurídico -imputación jurídica- las funciones, obligaciones o cargas incumplidas y desde lo fáctico -imputación fáctica- su relación causal con el daño, con ello el deber o posibilidad de haberlo evitado o que fue esta la que lo causó, sustento que surge desde el extremo activo; correspondiendo al pasivo, ser sujeto de los derechos e intereses vulnerados y titular del daño antijurídico que se reclama resarcir.

Hablando de la solidaridad (Código Civil, art. 2344), que es uno de los argumentos recurrentes en la pretensión de declaración de responsabilidad del Estado y en particular para sustentar la legitimación en la causa por pasiva, se debe recordar que esta surge exclusivamente del contrato o la ley, correspondiendo para la responsabilidad extracontractual el análisis inicial del Código Civil, que en artículo 2341 prescribe que quien haya inferido por delito o culpa un daño a otro, está obligado a indemnizar; precepto que en materia de la responsabilidad del Estado admite una relativización bajo el principio de solidaridad (arts. 1 y 2, Constitución Política) e igualdad de las cargas públicas (Colombia. Constitución Política, 1991, art. 13).

Lo anterior significa que no siempre es necesario para que el Estado sea llamado a responder la configuración de un delito o culpa (criterio subjetivo de imputación por falla del servicio) o incluso la materialización de una actividad lícita pero peligrosa (título de imputación de riesgo excepcional), sino que el principio de igualdad y solidaridad *per se* en algunas oportunidades pueden ser el sustento normativo para imputar responsabilidad (título de imputación del daño especial), tal como lo ha sustentado el Consejo de Estado (2015c), lo que difiere de la posición de garante o de la obligación de indemnizar por virtud de la solidaridad.

En materia contractual, el artículo 90 de la CP contempla la denominada cláusula general de responsabilidad del Estado y el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, la fuente de la responsabilidad contractual, la cual refiere a la responsabilidad de las entidades públicas *“por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas”*, siendo necesario analizar si la omisión de la entidad pública o la actuación del particular realmente existió -conforme con la atribución jurídica de competencias o de conductas- y si esta fue causa determinante o conjunta del daño al no impedirlo debiendo y pudiendo hacerlo, creándolo o permitiendo su concreción. (Colombia. Juzgado 25 Administrativo de Medellín, 2021).

Debe tenerse presente que la posición de garante que surge en abstracto de los artículos 1 y 2, y del 90 de la Constitución como cláusula general de la responsabilidad del Estado, no puede ser empleada de manera irreflexiva y genérica en todos los hechos de la vida para sustentar o pretender del Estado resarcimiento de daños, sino que esta debe estar soportada en una obligación concreta para exigir el deber protector omitido parcial o totalmente, ya que *“[e]l Estado no es un asegurador universal, simplemente obedece a unas obligaciones que se desprenden del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho”*. (Colombia. Consejo de Estado, 2016a).

La doctrina igualmente advierte el peligro que existe en que se lleve al extremo la condición de garante sin un verdadero análisis de la imputación y con ello de la legitimación en la causa, imponiendo al Estado la carga de asumir obligaciones abstractas y genéricas, convirtiéndolo en un asegurador universal que acercándose más a un “Estado de Bienestar”, rompe el equilibrio que debe existir entre *“las garantías que protegen los derechos de los ciudadanos y las que tutelan el interés general”* (Blanquer, 1997, p. 21), llevando a considerar que pese a no tener una participación fáctica con el objeto del litigio, fundado en la solidaridad se impute al Estado por considerar que la entidad tiene dentro de su objeto alguna relación genérica con la actividad o causa del supuesto daño sin ser esta concreta al caso.

1.4.4 Legitimación en la causa y su relevancia en la Ley 1437 de 2011

La legitimación en la causa a partir de la Ley 1437 de 2011, fue estipulada como una excepción que debía resolverse en la audiencia inicial, la cual, dada la ausencia de regulación legal en el Código Contencioso Administrativo como una excepción a declarar por sentencia anticipada, se consideraba que debía resolverse por auto interlocutorio, tesis que no se compartía por la

naturaleza de la decisión y las particularidades que derivan de los efectos de una sentencia, lo que fue incluso desarrollado por la Corte Suprema de Justicia dada la naturaleza y sustento de la decisión, advirtiendo en este sentido Canosa (2018, p. 56), que la Corte Suprema de Justicia, en repetidas decisiones (para lo cual hace referencia a auto del 13 de octubre de 1976 y sentencia del 31 de marzo de 1982) establecía que la providencia que resolviera una excepción mixta tenía rango de sentencia, criterio que con la vigencia de la Ley 1395 de 2010 y ahora el artículo 278 de la Ley 1564 de 2012, tiene un sustento normativo.

El anterior criterio fue extendido a la jurisdicción contenciosa administrativa con la implementación del Decreto 806 de 2020, que establece en los artículos 12 y 13 la posibilidad de su declaratoria mediante sentencia anticipada, lo que se vuelve ahora permanente con la entrada en vigencia de la Ley 2080 de 2021, con las modificaciones introducidas por el artículo 38 y la adición del artículo 182 A; razón por la cual, no es posible sanearse, puede y debe ser declarada aun de oficio de encontrarse probada (Colombia. Consejo de Estado, 2018a), por lo que es viable que previo a la audiencia inicial se resuelvan estas y se declaren (Colombia. Congreso de la República, 2011, art. 182), o durante la audiencia y sin perjuicio que la misma se declare en la audiencia de pruebas o al momento de proferir la sentencia (Colombia. Congreso de la República, 2011, art. 187).

Ahora, lo que realmente se espera y es la esencia de la excepción como mixta, es que el estudio inicial sea formal, para lo cual, como mínimo debe existir un sustento serio, fáctico y jurídico que avale la vinculación del sujeto en el proceso, sea por activa o por pasiva, para lo cual no es cualquier manifestación, afirmación o consideración la que se espera sostenga la legitimación, sino que se concrete en que *“quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron lugar a la demanda”* (Colombia. Consejo de Estado, 2016d).

Se advierte que la legitimación en la causa se presenta como una institución de importante relevancia en el proceso y que incluso se emplea, para además de su continuidad, para alterar la jurisdicción, por lo que, dada la aplicación del fuero de atracción, cuando en el debate se encuentre vinculada una entidad pública, en principio será la jurisdicción contenciosa administrativa la llamada a conocer de la controversia según se desprende de los artículos 104 y 165-1 de la Ley 1437 de 2011, pero de declararse la falta de legitimación en la causa de la entidad pública, eventualmente deviene la falta de competencia (Colombia. Consejo de Estado, 2012d).

Si la legitimación se amarra directamente a la comprobación de la relación jurídico-fáctica que sustentan los hechos y la vinculación procesal, el fuero de atracción se basa en el criterio objetivo de que exista una entidad pública o particulares que ejerzan función pública en la *litis*; aseverándose en este sentido, que si aquella -la legitimación en la causa- no se acredita y por ende se declara la falta de legitimación en la causa de la entidad pública o del particular que ejerza función pública, el presupuesto para sostener el fuero se pierde y el proceder es la declaración de falta de competencia y su remisión al juez correspondiente (Colombia. Consejo de Estado, 2007).

Por lo tanto, *“el fuero de atracción resulta procedente siempre que desde la formulación de las pretensiones y su soporte probatorio pueda inferirse que existe una probabilidad mínimamente seria de que la entidad o entidades públicas demandadas”* (Colombia. Consejo de Estado, 2018b) puedan ser objeto de reproche y condena, resulta entonces que la simple afirmación de responsabilidad o imputación como demandante o demandado no sustenta en sí la legitimación formal, sino que esta *“debe tener un fundamento serio, es decir, que en la demanda se invoquen acciones u omisiones que, razonablemente, conduzcan a pensar que su responsabilidad pueda quedar comprometida”* (Colombia. Consejo de Estado, 2018b).

Esta posibilidad de declarar la falta de competencia tras excluir del proceso por la falta de legitimación en la causa a la entidad pública o particular que ejerce función pública, surge siempre que se haga a instancia de resolver la excepción, pues si dicha conclusión deriva del debate probatorio y se va a sustentar en sentencia -incluso sentencia anticipada- deberá el juez contencioso declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva y lo correspondiente del particular, es decir, resolver todos los temas en disputa y pronunciarse en la sentencia “*sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada*” (República de Colombia. 2011, inc. 2, art. 187), salvo la necesidad de continuar el proceso contra el particular.

2. Legitimación en la causa en el medio de control de controversia contractual

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, como ya se venía reconociendo incluso de tiempo atrás, se estableció una diferencia de etapas y con ello del respectivo medio de control que es procedente para enjuiciar la conducta de los sujetos que intervienen en un proceso de selección del contratista -oferente o proponente y entidad- y de aquellos que ya hacen parte del contrato -contratante o contratista-, precisando el legislador y a partir de la interpretación jurídica que surge de la Ley 80 de 1993, artículos 39 y 41, que hay contrato y por tanto contratantes, en cuanto se dé un acuerdo de voluntades en el objeto y la contraprestación, que se eleve a escrito.

Establece el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, que el medio de enjuiciamiento propio para las discusiones emanadas del contrato y de su ejecución es el medio de control de controversias contractuales, mientras que si la discusión parte de los actos administrativos previos al contrato, estos, dependiendo de las características y objeto -interés-, corresponden su control de legalidad judicial mediante el ejercicio de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho, que se establecen en los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011.

Para proceder a comentar los diferentes medios de control que se desprenden del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, desde ya se hace la precisión, que el medio de control de reparación directa no es comentado en este trabajo por no ser su objeto; por lo que los hechos, acciones u omisiones y cualquier daño o irregularidad que se reproche de conducta de la Administración no contenida en un acto administrativo o contrato, no es en estricto sentido acá expuesta por ser del contenido del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, esto es la reparación directa.

Según se desprende de lo enunciado en el inciso primero del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, respecto a la controversias contractual -contrato-, cualquiera de las partes contratantes está legitimadas para solicitar la declaración de “*existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, que se hagan otras declaraciones y condenas*”, frente a lo que se hacen algunos comentarios.

Hablar de la responsabilidad contractual, es hablar de la existencia del contrato, por cuanto solo en el marco de una relación contractual se dan los presupuestos necesarios para ello, ya que como lo expresa Cristian Díaz (2020), la responsabilidad contractual se distingue de otras formas de responsabilidad, surgiendo de esta la obligación de “*uno de los contratantes, de atender patrimonialmente el daño antijurídico que su conducta le ha originado al otro sujeto de la relación negocial*” (p. 351).

Frente a la demanda de terceros ajenos al contrato, recuérdese que en la relación contratante – contratista no existe una relación de subordinación o dependencia, por lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido que, en caso de daños a terceros por la ejecución de obras públicas por los contratistas, se puede ver eventualmente comprometida la responsabilidad de la

entidad pública “*porque es tanto como si ésta ejecutara directamente las obras*” (Colombia. Consejo de Estado, 2015a), sustentado el alto tribunal que independiente que el contratista sea particular u otra entidad pública quien ejecute las obras, la entidad pública contratante asume una condición especial en la legitimación que le impone la carga de responder y la obligación de reparar como beneficiario y dueño de la obra, sin perjuicio de la posibilidad de repetición contra la contratista o del llamamiento en garantía con fines de repetición para lograr el reconocimiento de lo pagado (Colombia. Consejo de Estado, 2018a).

Frente a lo anterior, se hace la precisión que, independiente si el daño a terceros fue causado por el contratista en la ejecución de un contrato público, sea con recursos propios o públicos, o por la Administración de manera directa, estos están legitimados para reclamar el resarcimiento del perjuicio pero en ejercicio del medio de control de reparación directa exclusivamente, para lo cual se aplica los criterios de la responsabilidad extracontractual y poco influye el contrato y sus por menores al respecto, sin que esto signifique que su desatención o incumplimiento no pueda ser observado para, por ejemplo, identificar la falla del servicio, el incumplimiento de obligaciones de seguridad y en general la conducta errada que sustente el juicio de imputación.

Cabe entonces anotar que en materia de responsabilidad contractual, esta surge a partir del perfeccionamiento del contrato, lo que en términos de la Ley 80 de 1993, artículos 39 y 41, se presenta cuando se da el acuerdo de voluntades entre los sujetos contratantes en el objeto y la contraprestación, siendo este elevado a escrito; y tratándose de aquellas entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública -EGCP-, con el acuerdo de las partes en el objeto y el precio, ambos cumpliendo, cuando así lo sea requerido, con las respectivas solemnidades del caso.

Mientras exista un contrato vigente, los sujetos contractuales pueden reclamar y sustentar un interés directo, que puede corresponder a un amplio margen de posibilidades, lo que no se limita a un concepto resarcitorio y con ello del daño antijurídico, sino incluso de la simple legalidad, pero que por regla general sugiere siempre resarcir el daño, por cuanto, como afirma Escobar (1989) “*el objeto del daño contractual es el interés del acreedor, que consiste en la satisfacción de su crédito*”, por lo que “*el objeto del daño es el interés que tutela el derecho*” (p. 177).

Se presenta necesario dejar claro que, pese a que la ley contempla la posibilidad que se hagan otras pretensiones y condenas, algunos límites de orden legal y de conveniencia impiden la posibilidad de ciertas pretensiones y con ello se restringe el interés y por tanto la legitimación en la causa.

Por ejemplo, no resulta posible que se exija la **ejecución forzada** del contrato de ciertas obligaciones contractuales, como es el caso de proveer la totalidad de los recursos para finalizar el contrato o hacer una adición de tiempo o recursos; en particular no es posible obligar a la Administración a ejecutar el contrato, ni es dable al juez restituir el derecho del contratista de celebrar el contrato “*dado que el juez administrativo no es un coadministrador*” (Palacio, 2020, p. 772).

Por lo anterior, no es posible para el contratista, como sí se hace en el derecho privado (Colombia. Congreso de la República, Código Civil, art. 1546), “*exigir el cumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios por el retardo en la ejecución de las obligaciones*” (Yong, 2013, p. 289) y en términos generales pretender el cumplimiento del contrato (Colombia. Consejo de Estado, 2009), razón por la cual el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, no contempló la posibilidad de solicitar el cumplimiento del contrato, como si hizo la de poder pretender la declaración de incumplimiento.

Otra pretensión que tampoco es procedente dado no solo sus limitantes prácticas sino además jurídicas, se presenta en la solicitud de la declaración de **caducidad del contrato**, por

cuanto esta atiende a una facultad excepcional que contempla el régimen de la Ley 80 de 1993 - art. 18-, como potestad especial de la Administración, por lo que en el régimen privado no es posible y en consecuencia el juez no está facultado para acceder a esta pretensión, ya que no puede conceder lo que en principio la ley niega.

Cuando se habla de los contratos sometidos a Ley 80 de 1993, dada la finalidad de esta potestad excepcional, que no es otra que impedir la paralización del contrato, es obvio que en la práctica es inoperante judicialmente ya que esta surge por cuestiones de tiempo y actuar con prontitud -lo que no es propiamente una cualidad de la jurisdicción- y la consecuencia, que es liquidar el contrato, proveerse del contratista que finalice la ejecución y constituir el siniestro de incumplimiento, con el objeto final de impedir la parálisis o entorpecimiento del servicio.

En lo que tiene que ver a pretensiones relacionadas con las **actas de liquidación del contrato**, téngase en cuenta que la liquidación del contrato se presenta como “*la determinación concreta y clara de los aspectos técnicos, económicos y financieros que quedan pendientes, como de lo ejecutado y recibido a satisfacción*” (Colombia. Consejo de Estado, 2014a), correspondiendo la bilateral a “*un negocio jurídico contentivo de la voluntad de las partes*” (Colombia. Consejo de Estado, 2012a).

Por su parte, la liquidación unilateral corresponde a un acto administrativo en los términos del artículo 61 de la Ley 80 de 1993, en el cual de manera unilateral y ante el no acuerdo de las partes, la entidad define el cierre financiero del contrato, declarando además los aspectos técnicos, jurídicos y obligacionales, siendo este debidamente motivado (Colombia. Consejo de Estado, 2014b).

Tampoco es posible pretender la declaración de nulidad del acta de liquidación bilateral y derivar de ella la responsabilidad contractual cuando se presenten ciertas circunstancias que no lo avalen o lo limiten. De un lado, tratándose de las actas de liquidación bilateral, esta no es objeto de nulidad salvo vicios de la voluntad, pues se considera que este es el acto final de cierre financiero de las obligaciones y reemplaza el contrato inicial, surgiendo un nuevo acto jurídico, por lo que no es en realidad un acto administrativo sino una convención y es necesario que se deje para su enjuiciamiento de manera expresa las salvedades claras y concretas del desacuerdo⁴.

En los términos del artículo 141, la liquidación judicial puede ser pretendida por los sujetos contratantes, tanto entidades públicas como los particulares, por cuanto así se desprende de la expresión “interesado”, tal como lo comenta Juan Carlos Garzón (2019, p. 291); liquidación que se torna en una pretensión principal y así se puede presentar sin que nada limite que sea consecencial a otras, verbigracia las nulidades del acta de liquidación unilateral, del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, el acto administrativo de terminación unilateral o en caso de liquidación bilateral con salvedades, para incluir en la nueva liquidación los criterios y conceptos que fueron objeto precisamente de estas salvedades.

No se comparte lo aducido por el doctrinante Garzón (2019, p. 300) en cuanto a que la liquidación siempre se trata de una pretensión principal, por lo que en su entender, no es necesario que prospere la pretensión principal para liquidar; menos aún se comparte que la liquidación procesal procede aun de oficio, pues contrario a lo manifestado por el mentado comentarista, si se estaría vulnerando el principio de congruencia -art. 281 del CGP- y desconociendo el principio de jurisdicción rogada de la jurisdicción contenciosa administrativa, siendo otro, eso sí, el escenario en el que se solicite reconocimientos de sumas dinerarias o que este sea objeto principal en la

⁴ Para profundizar en el tema ver Consejo de Estado, Sección Tercera, 2014, Exp. 27777. Enrique Gil Botero.

controversia, por cuanto la liquidación es necesaria y tiene estrecha relación con la pretensión, haciendo parte integral de esta.

Frente a la liquidación del contrato, como lo menciona Carolina Deik (2019, pp. 176 - 180), el contratista tiene varias conductas para asumir: puede abstenerse de firmar si no comparte la liquidación; firmar con salvedades expresas, precisas y claras para abrir la posibilidad futura de la jurisdicción; o firmar sin salvedades y con ello aceptar la liquidación para declararse tácitamente a paz y salvo.

En los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la liquidación bilateral corresponde a un acuerdo de voluntades y en caso de no estar conforme o tener reparos, estos deben ser expresos y concretos, por lo que no se aceptan expresiones genéricas como “*me reservo el derecho a reclamar o demandar*” (Colombia. Consejo de Estado, 2014c), lo anterior, so pena de finiquitarse y concluir la relación contractual, con cierre financiero definitivo, entendiéndose a paz y salvo entre las partes, impidiéndose así en el futuro la posibilidad de demandar.

Resulta pertinente precisar que las anteriores conclusiones también son empleadas por la jurisdicción cuando se realice liquidación parcial y en las actas no se dejan las respectivas salvedades de manera clara y expresa; incluso en casos de adendas u *otrosí*, que modifique el contrato. Dice la jurisprudencia, que no dejar allí las correspondientes salvedades o reclamaciones restringe la posibilidad de reclamar posteriormente por conceptos que deriven de estas adendas⁵.

En cuanto al medio de control se tiene que este siempre será el de las controversias contractuales, incluso de tratarse del enjuiciamiento y pretensión de nulidad del acto administrativo de liquidación del contrato, por cuanto estas surgen y se derivan directamente de la relación contractual, por lo que aun en la denominada etapa poscontractual, se está en virtud del contrato y ello justifica que los incumplimientos, reclamaciones, daños y cualquier otra actuación que acaezca “*antes de su extinción están comprendidos en la institución de la responsabilidad contractual*” (Palacio, 2020, p. 276). Criterio que aplica incluso vencido el contrato, como es el caso de pretenderse demandar el acto administrativo que declaró el siniestro y busca hacer efectiva las garantías de calidad de la obra.

Sobre la pretensión de **declaración de la existencia del contrato**, se considera que, bajo el régimen privado, dado que por lo general no es necesario contar con documento escrito para su existencia, es posible que se haga esta pretensión y en consecuencia que el juez la declare. Otra situación se presenta con los contratos sometidos a régimen de Ley 80 de 1993, por cuanto los artículos 39 y 41 por regla general exigen que el contrato para su perfeccionamiento y existencia estén amparados por un documento escrito en el cual consten el acuerdo de voluntades en el objeto y la contraprestación.

Por tanto, la existencia del contrato no es una pretensión que por regla general pueda elevarse y mucho menos declararse ante la ausencia del documento, salvo claro está, que se trate de situaciones en las que el escrito no sea posible aportarlo al proceso o no haya sido requisito necesario para la contratación, como serían los casos de urgencia manifiesta del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, dado que excepcionalmente, por virtud del inciso cuarto del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, cuando no sea posible suscribir el contrato, se puede prescindir de este e incluso del acuerdo de voluntades en la remuneración; sin embargo, en estos casos, se debe contar con el acto administrativo de declaración de la urgencia manifiesta y “*deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante*” (Colombia. Congreso de la República, 1993, art. 41).

⁵ Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, 2014, Exp. 27777. Enrique Gil Botero.

También sería posible la pretensión de existencia del contrato cuando se alegue la pérdida o destrucción de la copia que correspondería al demandante, para lo cual se solicitaría el aporte por la demandada, aunque en estricto sentido esto no correspondería a la necesidad de declaración de existencia. El otro escenario sería que solo existiera un documento y este por cualquier causa no pudiese aportarse al proceso o se niega la existencia del mismo (Yong, 2013, p. 288), teniendo la carga la parte actora de probar los elementos de existencia del contrato como son el objeto y la prestación, sin que sea dable que bajo otra situación se pretenda probar la existencia del contrato, como se desprende de los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 256 de la Ley 1564 de 2012.

Relacionado con lo anterior, se considera que la simple afirmación de pérdida o destrucción del contrato, no avala que la parte pretenda su declaración de existencia por lo que debe probar además que el contrato fue perfeccionado y existió en los términos de la Ley 80 de 1993, así como su pérdida o destrucción; además, de ser necesario dado el alcance de lo que se pretenda y las particularidades del caso, probar la respectiva obligación, cláusula y razonamientos que sustentan el supuesto de hecho, siendo una importante herramienta la prueba indiciaria en los términos de los artículos 240, 241 y 242 de la Ley 1564 de 2012.

Se precisa que por mandato de la Ley 80 de 1993, artículos 39 y 41, así como desde lo procesal-probatorio por virtud del artículo 256 de la Ley 1564, además de la jurisprudencia del Consejo de Estado, no es posible pretender la existencia y por esta razón es vedado al juez declararla, cuando se acepta por el demandante que el documento correspondiente al contrato escrito no se suscribió o elevó a escrito, por lo que la alternativa, atendiendo a las particularidades del caso, sería el medio de control de reparación directa, bajo la teoría del enriquecimiento sin causa, a efectos de reclamar la compensación de las prestaciones o servicios efectivamente prestados⁶.

Igualmente, es procedente por cualquiera de las partes contratantes solicitar **la declaración de nulidad del contrato**, posibilidad con la que cuenta la entidad en caso de irregularidades por ejemplo en la adjudicación, ya que a esta no le es dado la potestad de declarar la nulidad del contrato, ni siquiera en los eventos del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, pues el legislador solo autorizó a dar por terminado el contrato de manera unilateral y proceder a su liquidación, siendo el control de legalidad del contrato de competencia judicial (Santofimio, 2017, pp. 688 - 693).

La nulidad del contrato encuentra una particular regulación y entendimiento en la legislación nacional, considerándose que las leyes que la regulan, por tratarse de temas de la existencia y la legalidad del contrato, son de derecho público, además de estar siempre presente el concepto de interés general por tratarse de la contratación del Estado para el cumplimiento de sus funciones y objeto, teniendo la finalidad de la satisfacción de las necesidades básicas y la efectiva prestación de los servicios públicos, situación que avala al juez a realizar el estudio de legalidad del contrato aun de oficio.

Sin embargo, no puede olvidarse que quien pretenda desvirtuar la legalidad del negocio jurídico y por tanto pretender su nulidad *“no solamente debe demostrar sus argumentos, sino que también debe fundarse en una de las precisas causal que el legislador establece para tales efectos”* (Santofimio, 2017, p. 678), por cuanto no se puede olvidar que *“el régimen de las nulidades absolutas es de carácter excepcional, y en consecuencia de interpretación restringida”* (Santofimio, 2017, p. 678), razón por la cual, estas atienden exclusivamente a las consagradas en

⁶ Ver en este sentido sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera; 19 de noviembre de 2012, Exp. 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897). Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, así como las contempladas en los artículos 1741 del CC y el 899 del C Com. (Arias, 2015, pp. 480 - 481).

Cuando se pretenda la nulidad del contrato, se considera que es posible y necesario pretenderse igualmente la liquidación del contrato, siendo esta procedente por corresponder a la determinación de las prestaciones y servicios cumplidos, al cierre financiero del contrato, los saldos y conceptos económicos a cargo de las partes, así como el estado de las obligaciones, por lo que incluso de declararse la nulidad de oficio por el juez, es viable que haga dicha valoración y liquidación, teniendo en cuenta el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, en cuanto al reconocimiento de *“las prestaciones cumplidas [que] le hubieren servido para satisfacer un interés público”*.

Respecto a la satisfacción del interés público, este no se evidencia cuando se habla de beneficios simplemente económicos, como por regla general se presenta en los contratos de entidades que los realizan para satisfacer su objeto misional en relación al mercado y su actividad comercial, como son por ejemplo las Empresas Industrial y Comerciales del Estado, las Empresas de Economía Mixta y las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos, cuya contratación obedece a intereses empresariales y comerciales, por lo que no hay en estricto sentido un interés público insatisfecho o beneficiado.

Sobre la nulidad del contrato y los reconocimientos en los términos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, también téngase en cuenta, como lo manifiesta Santofimio (2017) *“cuando en un contrato que es nulo por ilicitud de su objeto o de causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o parcialmente de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida”* (p. 690), por lo que no habrá lugar a ningún pago o reconocimiento, lo que lleva a concluir que en todo contrato en el que no se ejecutó en su totalidad o en un porcentaje que lo haga funcional o útil para su aprovechamiento, se parte de la idea que no se da la satisfacción del interés público y por tanto no se benefició de este la entidad.

Lo anterior, afirma Santofimio (2017), es una conclusión concordante y consecuente con las previsiones del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y artículo 1525 del CC, por cuanto la finalidad es sancionar a quien contrata con objeto y causa ilícita a sabiendas, buscando *“evitar que alguien pueda pedir que le devuelvan lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de causa ilícita”* (p. 692); lo que también justifica la negativa de la restitución cuando la nulidad es declarada de oficio, a riesgo que *“en la practica el negocio termina produciendo todos los efectos como si fuera válido”* (Santofimio, 2017, p. 692), lo que no parece ser la finalidad del legislador.

Para concluir, se pone de presente que la nulidad absoluta del contrato, puede ser pretendida por las partes del contrato, solicitando incluso indemnización de perjuicios en caso que la nulidad haya sido por culpa del otro contratante y se probara haber sido causados. El reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas cuando la causal de nulidad haya sido por objeto o causa ilícita, con las precisiones hechas. También puede ser solicitada la nulidad del contrato por el Ministerio Público, pero acá no hay lugar a prender el pago de indemnizaciones o reconocimientos de las prestaciones ejecutadas, por ausencia de legitimación en la causa.

El artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, contempló respecto a la legitimación en la causa de la nulidad del contrato, que también podía hacerlo quien acreditara un interés directo, ampliando el concepto que inicialmente había planteado el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, advirtiéndose en todo caso, que tal concepto del tercero con interés directo ya había sido establecido en la sentencia C-221 de 1999 de la Corte Constitucional, interés directo que ha dicho el Consejo de Estado debe corresponder a un beneficio directo y por tanto no solo perseguir tutelar la simple legalidad en abstracto.

Partiendo de lo expuesto, se tiene que ese tercero con interés directo que se legitima para pretender la nulidad del contrato, corresponde a cualquier persona que con su nulidad obtenga un beneficio directo o si se quiere automático -lo que no impide que se pretenda una indemnización-, lo que lleva a sostener que dicho tercero no solo abarca a los licitantes o proponentes como lo afirma Ángel Palacio (2019, p. 480).

La pretensión de la **resolución del contrato** se encuentra limitada y con importantes restricciones, por lo que solo tiene derecho en casos de desequilibrio, incumplimiento o variación, pretender la indemnización de perjuicios (Escobar, 1989, p. 179) y solo cuando el incumplimiento de la entidad sea grave en los términos de afectar gravemente el patrimonio del contratista de obligarse su ejecución o que este incumplimiento impida la ejecución, es posible solicitar judicialmente su resolución, por lo que la pretensión de resolución del contrato, así como las preceptivas del artículo 1546 del CC respecto a la resolución tácita, no operan en la contratación bajo el estatuto de contratación pública como lo hace en el régimen privado.

Respecto a la pretensión de la resolución del contrato y su aplicación restringida, téngase en cuenta que esta procede siempre y cuando el contratista haya cumplido o se allanara a cumplir -Art. 1609 CC-, allanamiento que no corresponde a una simple manifestación de su querer cumplir, sino que exige adelantar en realidad todas las conductas necesarias para ejecutar el contrato y su imposibilidad surja a causa del incumplimiento de la entidad contratada, incumplimiento que se reitera, debe ser de tal gravedad y necesidad que impida su ejecución (Colombia. Consejo de Estado, 2009).

En lo que corresponde a la **nulidad relativa del contrato**, precisa Ángel Palacio (2019) que solo están legitimados para ejercer el medio de control de controversias contractuales los contratantes o sus causahabientes, por lo que “*no se puede declarar de oficio, ni proponerse por cualquier persona*” (p. 480), extendiéndose esta limitante al Ministerio Público, por cuanto ni la Ley 1437 de 2011 ni la Ley 80 de 1993, les otorga esta facultad.

3. Los medios de control de los actos previos o separables del contrato

El inciso segundo del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, contempla la posibilidad de demandar las conductas y actuaciones contrarias a derecho y causantes del daño antijurídico que se presenten en la etapa previa al perfeccionamiento del contrato, deriven de él o no indemnizaciones o restablecimientos automáticos, por cuanto en este sentido la norma no exige que se ostente un interés directo para demandar; sin embargo, dada la pretensión, se establecerá dicho interés y con ello la legitimación en la causa.

Atendiendo a la naturaleza, criterios y objeto que se desprende del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, es posible que no exista un derecho subjetivo y particular legítimo que resulte vulnerado y reclame ser reparado o restablecido, pero si un concepto de legalidad que se busque proteger y del cual se derive la legitimación, incluso que la pretensión de nulidad se dirija a la protección o tutela del ordenamiento jurídico en abstracto como motivo principal, puede llevar a beneficiar o favorecer al demandante o un tercero, por lo que en el ejercicio del medio de control de nulidad se puede advertir el concepto de interés y debe analizarse la teoría de motivos y fines.

La tesis de establecer medios de control diferentes a partir del inciso segundo del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, tiene una finalidad y debe derivar un efecto útil, por lo que ha de tenerse presente que tanto el concepto de tercero con interés como el silencio del legislador en el

inciso segundo comentado frente a los legitimados para demandar⁷, propende por el efectivo acceso real y efectivo a la administración de justicia y por ello busca hacer “*posible la impugnación por parte de terceros ajenos al contrato en defensa de sus derechos e intereses*” (Matallana, 2013, p. 1218), siendo así más amplia la protección en esta etapa.

Resulta pertinente precisar que, igual que lo conceptuado sobre el medio de control de nulidad, en este medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho también cobra importante relevancia y aplica la teoría de los motivos y finalidades, por lo que, si se da un restablecimiento automático, aun cuando el acto administrativo en principio no vaya dirigido a la creación, reconocimiento, modificación o negación de derechos subjetivos, ni afecte o beneficie al demandante, si de la nulidad deriva un beneficio o restablecimiento automático para el actor o un tercero, se estará en la obligación de ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por su parte, si de la nulidad del acto administrativo no se deriva un restablecimiento automático, se posibilita o da pie a una indemnización, bien sea del demandante o de un tercero, siendo el interés exclusivamente el de proteger la legalidad, incluso en el caso de ser actos administrativos de carácter particular, podría predicarse la posibilidad de ejercer el medio de control de nulidad, pero esto en la práctica ya se torna excepcional como se pasa a estudiar respecto a las vicisitudes que se pueden dar con relación a los diferentes actos administrativos que se profieren en la etapa precontractual.

Para poder establecer mejor la legitimación en la causa, resaltando el concepto de interés como metodología, se hará el análisis desde los dos medios de control que se referencian en el inciso segundo del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, con la relación directa de los actos administrativos más comunes en la etapa precontractual.

3.1 El medio de control de nulidad

Dice el inciso segundo del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos del medio de control de nulidad regulado en el artículo 137. La expresión “podrá”, no corresponde a la posibilidad de que se demande por estos medios de control o no, ni la potestad de seleccionar por el actor un medio de control a preferencia, sino a la facultad que dio el legislador de que se demande estos actos administrativos o no, quedando definido que, de elegir demandar los denominados actos previos, precontractuales o separables del contrato, deberá hacerlo en el ejercicio de uno de estos medios de control de legalidad exclusivamente.

En ese orden de ideas, se contempla la posibilidad que se demande por las conductas contrarias a derecho que se efectúen en la etapa precontractual y se materialicen en actos

⁷ Se observa que el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, establece los legitimados para demandar por regla general, como por ejemplo cuando se refiere a las pretensiones derivadas del contrato hace mención que puede ser por “cualquiera de las partes”, restringiendo la legitimación a las partes del contrato exclusivamente. Por su parte, cuando habla de la pretensión de nulidad absoluta el inciso tercero, dice que esta puede ser elevada por el Ministerio Público o un tercero con interés directo, incluso declarada de oficio por el juez, mientras que el inciso primero legitima a las partes del contrato. En su lugar, el inciso segundo nada dice sobre los legitimados para demandar, limitándose a la remisión expresa de los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011, lo que se considera un acierto del legislador por cuanto deja que sean los criterios, objeto, conceptos y naturaleza de tales medios de control los que gobiernen en pleno el enjuiciamiento de estos actos administrativos, lo que igual permite sostener que son predicables de estos las diferentes teorías legales, jurisprudenciales y doctrinales que de ellos se predica, como serian el concepto de interés, el de daño, motivos y fines, legitimación en la causa, etc.

administrativos, independiente de si derivan de estos o no un daño antijurídico. Es decir, dada la naturaleza y objeto del medio de control del artículo 137, es posible que no exista un derecho subjetivo, particular y concreto amparado en una norma jurídica que resulte vulnerado, pero si un fin de tutela del ordenamiento jurídico en abstracto que se busque proteger.

Para iniciar la exposición frente a este medio de control de nulidad o simple nulidad, cabe precisar que, durante la actividad precontractual se profieren actos administrativos que son objeto de control judicial, por lo que el interés se relativiza en esta oportunidad y se torna eventual, pero a su vez, no es necesario demostrar ese daño directo para sustentar la legitimación en la causa.

Se advierte desde ya, que las causales de nulidad de estos actos administrativos previos o separables del contrato se encuentran previstos en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, además que nada impide que las reglas de enjuiciamiento aplicables a los actos administrativos le sean aplicables a los actos administrativos precontractuales, por lo que, determinándose que se trata de un acto administrativo de carácter general y sin restablecimiento automático, podrá eventualmente ser demandado por simple nulidad, incluso si siendo de carácter particular, se esté en las hipótesis que expresamente exceptúa el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

Teniendo presente todo lo anterior y con aplicación de la teoría de los motivos y finalidades, supóngase que un acto administrativo de apertura de la licitación establece un tiempo determinado para ofertas, este en esencia es un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, pero encontrándose un posible oferente, quien dado el tiempo establecido no pueda presentar a tiempo su oferta, encontrando una causal, presente el medio de control de nulidad con el fin de ganar tiempo y poder ofertar, esto si bien sustenta un interés, no deriva de él un restablecimiento automático del derecho.

En este ejemplo se observa que la posibilidad de participar en el proceso de selección es un derecho abstracto y en consecuencia no se restablece, pues en estricto sentido nunca fue vulnerado, así como que en realidad solo se genera una expectativa de adjudicación por lo que el supuesto derecho es eventual y futuro; además, no es posible hablar de que se restableció el derecho a ofertar o proponer, dada la naturaleza abstracta y general del mismo, por cuanto toda persona natural o jurídica, en principio, tiene este derecho, por lo que queda habilitado en este escenario el medio de control de nulidad, sin necesidad de demostrar vocación de oferente.

Otro sería el escenario en el que el demandante considerara además de propender por la nulidad del acto administrativo, que se incluyeran ciertas condiciones o requisitos para la aceptación o habilitación de la oferta, en este sentido se torna improcedente la pretensión por lo que el juez no está llamado a definir los criterios de necesidad y conveniencia de la contratación, atendiendo al principio de separación de poderes, y mucho menos a los posibles proponentes establecer vía imposición estos, máxime que se cuenta con la etapa de las observaciones al pliego.

En conclusión, atendiendo al efecto útil de la norma, se debe colegir que la nulidad de ciertos actos administrativos no genera derechos a reclamar o a solicitar reparación del daño, esto no quiere decir que no sean demandables y en consecuencia es en este escenario donde se define el medio de control procedente, por lo que, con apoyo en la doctrina se hace en este acápite un breve estudio de los actos administrativos de carácter general, susceptibles del medio de control de nulidad con sus respectivos comentarios.

3.1.1 Acto administrativo de apertura del proceso y pliego de condiciones definitivo

Si bien dichos actos administrativos son susceptibles de ser demandados por cuanto en ellos se pueden establecer criterios que no permitan materializar el principio de concurrencia y de

selección objetiva, entre otros vicios, incluyendo los del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, los mismos no generan derechos o afectan en particular a un posible oferente.

Por tanto, tal como lo manifiesta Gil Alzate (2014, pp. 256 - 259), esta etapa temprana del proceso, si bien se expiden actos administrativos que vinculan y reglan a la entidad -no en vano se denomina el pliego ley del contrato-, esto en si no compromete la responsabilidad del Estado, pues solo surge una expectativa, y hasta tanto no se haga entrega de las ofertas, se evalúen y se concluya quienes cumplieron las exigencias, esta expectativa de oferente no se materializa, por lo que hasta antes del cierre no hay certeza de la totalidad de la oferta y sus condiciones.

Es claro que los actos administrativos de apertura y del pliego son demandables ante la jurisdicción contenciosa administrativa (Gil, *et al*, 2014, pp. 257 - 258) y esto será procedente en ejercicio del medio de control de nulidad, siendo otro el tema de la reclamación de perjuicios, el cual eventualmente puede ser reclamado mediante el medio de control de reparación directa con fundamento en la responsabilidad extracontractual del Estado -culpa *in contrahendo*-, con base en la violación de los principios de la buena fe contractual y la confianza legítima, demostrando por ejemplo, que se incurrieron en gastos e inversiones para preparar la oferta, por lo que lo único procedente a reconocer es el daño emergente.

Dice Palacio (2020) que podría impugnarse en simple nulidad “*si quien lo intenta -siendo uno de los particulares afectados- procede por mantener incólume el orden jurídico*” (p. 775), por lo que, si la nulidad en nada lo beneficia, ya que, por ejemplo, la causal de nulidad era objetiva y en nada particular lo favoreciera, se entendería que el “*ejercicio de la acción [es] en forma altruista y no por un interés particular*” (Palacio, 2020, p. 775). Se advierte que el administrativo de apertura es en términos del Consejo de Estado revocable sin necesidad de contar con la anuencia o aceptación de oferentes, por tanto, no se considera que este constituye el reconocimiento de un derecho de carácter subjetivo o particular (Colombia. Consejo de Estado, 2021).

3.1.2 Acto administrativo de clasificación y calificación en el registro de proponentes

Este acto administrativo, como explica Ángel Palacio (2020, pp. 777 - 778) si bien no es propiamente proferido en la actuación precontractual de la entidad, sí tiene estrecha relación con ella y hace parte del procedimiento tendiente a materializar el contrato, incluso puede llegar a afectar el mismo de declararse su nulidad, ya que en él se presentan criterios y conceptos que se tienen en cuenta en el proceso de selección y que definen la adjudicación, como es por ejemplo criterios habilitantes o de calificación, que de variar en peor podrían dejar al proponente o incluso ya contratista, sin el cumplimiento de los criterios para ser adjudicatario, pudiendo incurrir en una inhabilidad sobreviniente o darse la necesidad de terminarse el contrato en aplicación del numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Siguiendo al mismo tratadista (Palacio, 2020, p. 778), se tiene claridad que el acto administrativo de calificación y clasificación en el registro de proponentes, puede ser demandado en cualquier tiempo y por cualquier persona, esto por razón del artículo 137 inciso 3⁸, pero el acto administrativo que decida la impugnación, solo es demandable por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en los términos del artículo 6.3 de la Ley 1150 de 2007.

⁸ Además de la Ley 1437 de 2011, artículo 137, respecto a la nulidad de actos administrativos de certificación y registro, la Ley 1150 de 2007, dispuso que cualquier persona pueda ejercer el medio de control de nulidad contra la inscripción del Registro Único de Proponentes -RUP-. Sobre el tema ver sentencia C-166 de 1995.

3.2 El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Igualmente estipuló el legislador que era procedente -y en algunas oportunidades obligatorio- el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho del artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, para enjuiciar los actos administrativos precontractuales con el que se cause un agravio al demandante o de la nulidad devenga un restablecimiento del derecho -pretendido o automático- o se solicite la indemnización de perjuicios.

Se tiene que, adelantado el proceso de selección del contratista, eventualmente se pueden proferir una serie de actos administrativos que incluso por considerarse de trámite impidan seguir la actuación o definan en el particular la situación jurídica, estando en consecuencia una persona jurídica o natural, vulnerado en un derecho subjetivo o particular y con ello legitimado.

3.2.1 Acto administrativo de clasificación y calificación en el registro de proponentes

Se trata de un acto administrativo definitivo “*mediante el cual se explica las razones y causas que generaron la imposibilidad de adjudicar el respectivo proceso de selección*” (Gil, et al, 2014, p. 261) por lo que, ante la ausencia de prohibición y con fundamento en el artículo 43 de la Ley 1437 de 2011, es posible su nulidad en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Se afirma que es en ejercicio del contencioso subjetivo, por cuanto puede darse que, considerando el oferente demandante que “*si era posible la selección objetiva y que su oferta hubiera sido la triunfadora, tendría derecho a solicitarle al juez los perjuicios que dicho acto le hubiera inferido*” (Palacio, 2020, p. 776). Ello con fundamento en el defraudamiento en los principios de la buena contractual y la confianza legítima del oferente.

Respecto a la indemnización, se considera que solo es procedente el daño emergente respecto a los gastos en que incurrió el demandante para construir y formular su propuesta, pero para ello debe demostrar que cumplía con los requisitos para ser evaluado y además posible oferente, con lo que de suyo se desvirtuarían las razones para considerar que no era posible adjudicar; pero si además de lo anterior, acredita que incluso era la mejor oferta y por tanto sería eventualmente el adjudicado, la jurisprudencia y la doctrina ha sostenido que nada impide que se reconozca la utilidad esperada (Dávila, 2016, pp. 829 -830) y al respecto, ha dicho el Consejo de Estado, se otorga el 100% a título de indemnización⁹.

Situación diferente se presenta respecto a la pretensión de nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho de reabrir o continuar el proceso de selección, o incluso, demostrando ser la mejor propuesta, se ordene adjudicar, pues como ya se expuso, el juez no puede convertirse en coadministrador y ordenar, pasando incluso por encima de la separación de poderes, los criterios de conveniencia, factibilidad y necesidad que hace la entidad para contratar, ordenar adjudicación, perfeccionamiento y ejecución del contrato.

Debe tenerse en cuenta que las actuaciones que derivan de la declaración de desierto, como por ejemplo, que con base en esta se adjudicó por contratación directa, el nuevo contrato corresponde a actuaciones diferentes, por lo que la nulidad del acto administrativo de desierto no conlleva a la nulidad del contrato en contratación directa o de una nueva adjudicación, razón por la cual si el interés es buscar la nulidad de este contrato, debe demandarse ambos, ya que como lo

⁹ Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, 2018, Exp. 39066.

expone Palacio (2020) “*sin la declaración judicial de nulidad, no podría procederse por parte del funcionario, a darlo por terminado*” (p. 776).

Finalmente, con relación al acto administrativo de desierto, explica Dávila (2016), si la oferta del demandante no fue evaluada por cualquier circunstancia, no es posible reconocerse la utilidad esperada, ya que no hay claridad de lo ventajosa, favorable y adjudicable que era, así incluso esta haya sido la única oferta, razón por la cual y de esto hace eco de la jurisprudencia, la indemnización corresponde al “*equivalente al valor de la garantía de la seriedad de la oferta*” (pp. 830 - 831), lo que se considera tiene plena validez por cuanto igual tiene sustento en los principios de la buena fe, la confianza legítima y en virtud de la equidad que pregonan el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

3.2.2 Acto administrativo de adjudicación

El acto administrativo de adjudicación es la manifestación de la voluntad con que se cierra y define la etapa precontractual, siendo este el que concreta a que proponente se entregará la ejecución del contrato y con ello se consolida dicho derecho en él. Si bien la ley establece que este acto administrativo por regla general es irrevocable, también contempla su revocatoria excepcionalmente de manera unilateral en los supuestos en que sobrevenga una incompatibilidad o inhabilidad; o cuando se haya obtenido por medios ilegales o fraudulentos (Colombia. Congreso de la República, 2007, art. 9).

Juan Ángel Palacio (2020, p. 769) afirma que la impugnación del acto administrativo de adjudicación puede hacerse en el ejercicio de cualquiera de los medios de control de legalidad - arts. 137 y 138 CPACA-, concepto que se coparte y que atiende a la teoría de motivos y finalidades, por lo que podría decirse que si el interés que se advierte es el de la protección del ordenamiento jurídico sin que de ello derive automáticamente un restablecimiento del derecho, el medio de control podría ser el de la nulidad, lo anterior con fundamento en las excepciones expresamente contempladas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, comentando el tratadista, que incluso en principio dicho interés y por tanto la legitimidad la ostentan todos aquellos que presentaron propuesta (Palacio, 2020, pp. 747 y 773).

Respecto a lo anterior, atendiendo al primer supuesto, si quien demanda solo pretende la tutela del ordenamiento jurídico y de ello no se desprende un restablecimiento automático del derecho para él o un tercero, estaría en la excepción 1 del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, sin que se pueda sostener que el restablecimiento automático resulta de la obligación de una nueva adjudicación, por cuanto, se recuerda, los proponentes solo tienen una mera expectativa de adjudicación y es la adjudicación en estricto sentido el único acto administrativo que obliga a la entidad y constituye un derecho.

De otro lado, es posible que el contrato sea por ejemplo de arriendo o concesión de un bien de uso público, caso en el que se estaría ante el numeral segundo de la disposición en comento; o supóngase que se entrega un bien por concesión, arriendo o la ejecución de obras públicas en suelos protegidos, o territorios de reserva, territorios indígenas, explotación de recursos naturales o con grave riesgo de corrupción y sin las debidas garantías con la obligación de anticipos económicos cuantiosos, esto también avalaría el ejercicio del medio de control de nulidad bajo los presupuestos del numeral 3 del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

Por el contrario, si se pretende la indemnización de los perjuicios derivados de la no adjudicación por considerarse la mejor oferta, que se derive de la nulidad un restablecimiento automático del derecho como sería el de los sujetos contratantes el no suscribir el contrato y por

tanto no obligarse, es evidente que en este caso el medio de control es el de nulidad y restablecimiento del derecho (Colombia. Consejo de Estado, 2019b).

En ese orden de ideas, no se comparte lo expuesto por el Consejo de Estado en cuanto a que el acto de adjudicación debe ser siempre demandado por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto esta posición limita su comprensión exclusivamente al concepto de acto administrativo particular y deja sin analizar la teoría de los motivos y finalidades, el concepto de interés y en particular las excepciones previstas por el legislador en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, que avalan de manera general el empleo de este medio de control de legalidad objetivo en diversos escenarios, como antes se expuso.

Partiendo de la teoría del interés directo y de los motivos y fines, es evidente que el acto administrativo de adjudicación solo podría ser demandado por quien obtenga un beneficio directo de su nulidad y por tanto, legitimado solo estaría quien probando ser la mejor oferta, eventualmente tendría realmente el derecho de ser adjudicado¹⁰, también, a partir de esta idea, solo estarían legitimados para demandar quienes serían parte del contrato, por cuanto se restablecería su derecho en el sentido de no tener que comprometerse y suscribirlo.

Cuando quien demanda es aquel que no fue adjudicado, pero demuestra ser la mejor oferta y la ilegalidad del acto administrativo, se habla entonces de un derecho de indemnización por no haber sido adjudicatario teniendo el derecho, por lo cual ha definido la jurisprudencia su reparación corresponde al 100% de la utilidad esperada, así lo recuerda Dávila (2016, pp. 829 - 830) con referencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹.

Toda vez que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido de años atrás la tesis que reclama la obligación de probar por el demandante ser la mejor oferta y por ello ostentar el derecho de adjudicación y de indemnización o para la nulidad del contrato como tercero con interés directo, que de esta declaración de nulidad se derive un beneficio directo, cierto y personal, como sería para el caso la indemnización de perjuicios o incluso la adjudicación para concluir el contrato en caso de una caducidad del contrato, es obvio que la tesis que se acoge por la jurisdicción es el del interés directo y en consecuencia, el acto administrativo de adjudicación solo es demandable por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, siendo legitimado aquel que demuestre el beneficio o restablecimiento, esto es, exclusivamente quienes serán sujetos contratantes y el que demuestre ser el proponente no elegido de mejor oferta.

Nuestra posición. Atendiendo a la teoría de motivos y fines ya positivizada en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 y como ya se expuso, se considera que el acto administrativo de adjudicación es susceptible de ser demandado por cualquier persona que acredite el interés de tutelar la legalidad y el ordenamiento jurídico, y en todo caso, que no se desprenda de esta un restablecimiento automático del derecho.

Lo anterior por cuanto el legislador en el artículo 141 del CPACA no clasificó que actos administrativos precontractuales era demandables por uno u otro medio de control, por lo que lo procedente es aplicar de lleno los conceptos, presupuestos y tesis que se dependen de cada uno de ellos, como sería para el caso, la reiterada teoría de los motivos y finalidades.

Lo segundo, teniendo en cuenta que es posible incoar el medio de control de nulidad sin necesidad de acreditar exclusivamente el interés directo, lo que solo se exigió por el legislador en

¹⁰ Es necesario advertir que esta es la posición asumida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, tal como se dejó definido a partir de la sentencia del 13 de junio de 2011, Exp. 19936 y reitera el 25 de julio de 2019, Exp. 41023.

¹¹ Para profundizar en el tema, se puede consultar la sentencia del 3 de junio de 2015, Exp. 33598, MP Olga Mérida Valle de De La Hoz.

algunos escenarios y para los medios de control de los que deriven derechos de reparación o restablecimiento de estos, como es el caso para los terceros que soliciten la nulidad del contrato.

Como tercera razón, no es válido que en un Estado Social de Derecho en los que sus actuaciones se fundan en los principios de un orden legal y justo, cuyas actuaciones deben someterse al imperio de la ley, se limite el control de legalidad de un acto administrativo de adjudicación, alegando la necesidad de que se obtenga un beneficio de ello para su legitimación.

Finalmente, se observa que el límite para demandar en nulidad simple los actos administrativos de carácter particular, es el del restablecimiento automático. Por tanto, si bien puede alegarse que la entidad siempre obtendrá un restablecimiento automático, como sería no obligarse y no suscribir el contrato, lo que igual puede alegarse del adjudicado, esto no puede predicarse de cualquier otra persona, por cuanto declarada la nulidad, nada obliga, incluso ni en la sentencia el juez puede hacerlo, que se adjudique o continúe el proceso de selección hasta concluir, por lo que cualquier supuesto restablecimiento en este sentido es improcedente, además de que dicha posibilidad se torna eventual e incierta, desvirtuándose la tesis del restablecimiento automático.

Lo anterior dado que nada garantiza que se continúe el proceso, sea otro el oferente seleccionado, menos que quien demanda lo sea, ya que aún debe la entidad decidir que continúa el proceso y realizarse el proceso de calificación de ofertas para determinar la mejor, es más, en ciertos casos y dependiendo de la causal que sustenta la declaración de nulidad, es posible que el adjudicado final sea el mismo, y acá, a fin de no desgastar la administración y dado que ninguna variación traería en el resultado una nueva calificación, mediante el juicio de utilidad¹², no sería necesario, pese a la demostrada irregularidad, declarar la nulidad del acto administrativo.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar, que bajo la teoría de las formas y formalidades, no toda irregularidad da pie a la nulidad del acto administrativo, resultando ilustrativo lo expuesto por el profesor Gustavo Penagos (2011) en su obra dirigida al estudio del acto administrativo, en donde se explica que *“existen irregularidades que no son invalidantes de los Actos Administrativos, son aquellas meras formalidades que aunque sean omitidas no alteran la decisión final, ni afectan el derecho sustancial, en cuyo caso no puede hablarse de nulidad, sino de informalidades”* (p. 843).

El último escenario que se puede presentar en esta etapa final del proceso de selección resulta de la ausencia de adjudicación, por lo que se advierte que, no existiendo razonamientos jurídicos que obligue a adjudicar, no siendo procedente una acción de cumplimiento o pretensión en este sentido y no profiriéndose un acto administrativo susceptible de control de legalidad, lo que se presenta es una omisión, lo cual es objeto del medio de control de reparación directa para exigir la indemnización de perjuicios dependiendo del sustento del daño antijurídico y sus fundamentos (Palacio, 2020, p. 776). Tema sin mayores precisiones por escapar al objeto de este trabajo.

Conclusiones

El derecho de acción como una de las más importantes manifestaciones del principio de acceso a la administración de justicia, debe observarse en la interpretación y aplicación de las normas procesales, relevancia que se desprende de su categoría de derecho fundamental que ha otorgado la jurisprudencia constitucional y en particular su rango superior que es transversal a todo el derecho dado su carácter vinculante y su valor normativo.

¹² Sobre el juicio de utilidad, léase Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de noviembre de 2020, Exp. 66022.

En ese orden de ideas, no puede pretenderse por la jurisdicción adelantar su actividad interpretativa y de aplicación del derecho procesal sin atender el derecho de acción y el principio del acceso material, real y efectivo a la administración de justicia, como parte integral y vinculante del derecho procesal y de los diferentes mecanismos procesales contemplados por el legislador, para ello, más allá del estudio del derecho procesal y del derecho de acción, es necesario que se adelante el estudio y análisis de instituciones como el interés o interés directo, daño antijurídico y la teoría de los motivos y fines, pertinentes en el análisis del alcance de los diferentes medios de control que contempla el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011.

Una vez se comprendan los diferentes alcances de las instituciones procesales, los medios de control y en particular la definición de lo que corresponde al interés para actuar, podrá darse un mayor alcance a la legitimación en la causa, superándose el pensamiento que parte de la simple imputación formal, para definir que la legitimación en la causa avanza más allá de la imputación o señalamiento de responsabilidad y se radica en cargas obligacionales que no son atendidas, las cuales se fundan en el contrato o la ley, partiendo de la participación en los hechos.

Por lo anterior, se advierte que la competencia radicada en las entidades públicas es un concepto de vital importancia para definir la responsabilidad contractual, y es en la teoría de los motivos y fines que se halla el sustento importante para determinar la legitimación en la causa o interés particular para obrar cuando se adelante la discusión de actos administrativos.

Al hablar de la nulidad del contrato, dado que el legislador definió expresamente quienes eran legitimados, se atiende a dichos preceptos, siendo claro que son legitimados las partes, independiente de si buscan o derive un restablecimiento automático o derecho a indemnizar; el Ministerio Público en búsqueda de la tutela del ordenamiento jurídico y la defensa del patrimonio público, y todo aquel -tercero-, que demuestre un interés directo en la nulidad del negocio jurídico, interés directo que se ha definido por la jurisprudencia como un beneficio directo exclusivamente.

Siendo posible que en la actualidad se enjuicien los actos administrativos previos o separables del contrato, sea por el medio de control de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho que regulan los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011, sin que el legislador haya realizado una calificación o valoración especial al respecto, debe atenderse para su aplicación a las reglas y principios que de estos medios de control se predicen, incluyendo aquellos desarrollados por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

La legitimación en la causa material cuando lo que se pretende es el resarcimiento del daño antijurídico radica inevitablemente en quien lo acredite y de manera formal, más allá de quien solo alegue, demuestre su relación con los hechos y la posibilidad eventual y seria de tener derecho a un resarcimiento de perjuicios, pues en esencia es el interés aquel concepto jurídico que debe prevalecer y para ello es el daño antijurídico el que prima en el análisis de la legitimación.

Cuando hablamos de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, la clave radica en la conjunción de dos conceptos, el del interés y el del restablecimiento automático, a partir de allí se podrá definir con fundamento en la teoría de los motivos y finalidades, cual es el medio de control procedente, con ello se establecerá la legitimación en la causa, avanzando de la simple apreciación de si se trata de un acto administrativo de carácter particular o general, siendo el resarcimiento del daño antijurídico propio o de un tercero, el que en todo caso define aquel criterio de interés y por tanto si lo procedente es el medio de control de nulidad simple o el de nulidad y restablecimiento del derecho.

Referencias

- Arias, F. (2015) *Derecho Procesal Administrativo* (2ª ed.). Editorial Ibáñez.
- Azula, J. (2016). *Manual de Derecho Procesal*, Tomo I. Editorial Temis.
- Blanquer, D. (1997). *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Ministerio para las Administraciones Públicas.
- Canosa, F. (2018). *Las excepciones previas en el Código General del Proceso*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C-551 de 2016: *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 193 (parcial) de la Ley 1564 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”*, instaurada por Carlos Alberto Chamat Duque. M.P Jorge Iván Palacio Palacio.
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia T-799 de 2011: *Acción de tutela instaurada por Concesionaria Vial de los Andes S.A. – COVIANDES contra el Instituto Nacional de Vías – INVIAS*. M.P Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia (2008). Sentencia C-483 de 2008: *Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso primero del artículo 17º del Decreto 2591 de 1991, instaurada por Juan Gabriel Pirachicán Morera*. M.P Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencia C-221 de 1999: *Acción pública de inconstitucionalidad en contra del inciso 3º parcial del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991 (1), se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras del Ley 23 de 1991 (2) y del Decreto 2279 de 1989 (3), se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”*, instaurada por Juan Carlos Hincapié Mejía y Marco Marín Vélez. M.P Fabio Morón Díaz.
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia (1996). Sentencia C-333 de 1996: *Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, instaurada por Emilse Palencia Cruz*. M.P Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia (1992). Sentencia C-479/92: *Demandas de inconstitucionalidad acumuladas contra el artículo 2º de la ley 60 de 1990 y el Decreto Ley 1660 de 1991, instaurada por Pedro José Suarez Vacca y otros; Alirio Uribe Muñoz; Jaime Arias Ramírez; Jairo Cabezas Arteaga*. M.P José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (1990). Radicación 6054, 23 de octubre. C.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2007). Radicación 25000232600019950067001(15526), 29 de agosto. CP. Mauricio Fajardo Gómez.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2009). Radicación: 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552), 22 de julio. C.P Ruth Stella Correa Palacio.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Primera (2010). Radicación 17001-23-31-000-2005-00674-01, 18 de noviembre. C.P Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2011a). Radicación 54001-23-31-000-1998-01333-01(19936), 13 de junio. Ruth Stella Correa Palacio.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2011b). Radicación 25000-23-26-000-1997-04160-01(20170), 5 de octubre. C.P Olga Mélida Valle de De La Hoz.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2012a). Radicación 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371), 29 de febrero. C.P Danilo Rojas Betancourth.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2012b). Radicación 05001-23-25-000-1993-01854-01(22163), 28 de marzo. C.P. Enrique Gil Botero.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2012c). Radicación 05001-23-31-000-1995-00575-01(24677), C.P. Enrique Gil Botero.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2012d). Radicación 15001233100019940416501(20964), 29 de octubre. C.P Danilo Rojas.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena (2013). Radicación 25000-23-26-000-1997-03930-01(19933), 25 de septiembre. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinto (2014a). Radicación 25000-23-31-000-2011-00341-04. 6 de febrero, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2014b). Radicación 25000-23-26-000-2001-02508-01(28881), 9 de octubre. C.P Danilo Rojas Betancourth.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2014c), Radicación 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777). 20 de octubre. C.P Enrique Gil Botero.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2015a). Radicación 25000-23-26-000-1998-02725-02(29794), 18 de febrero. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2015b). Radicación 54001233100020000183401(30134), 10 de agosto. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2015c). Radicación 07001-23-31-000-2004-00197-01(35194), 15 de octubre. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Colombia. Consejo de Estado Sección Tercera (2016a). Radicación 68001231500019990233001(34928), 16 de febrero. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2016b). Radicación 27001-23-33-000-2013-00271-01(51514), 21 de septiembre. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda (2017). Radicación: 11001-03-25-000-2012-00177-00(0753-12), 21 de septiembre. C.P Rafael Francisco Suárez Vargas.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2018a). Radicación 41001-23-31-000-1998-01008-01(42424), 15 de febrero. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2018b). Radicación 05001-23-31-000-2006-02696-01(43269), 1 de marzo. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2018c). Radicación 41001-23-33-000-2015-00926-01(58225), 30 de agosto. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2018d). Radicación: 76001233100020010294201(39066), 10 de diciembre. C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2019a). Radicación 25000-23-26-000-2010-00511-01(47168), 31 de enero. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2019b) Radicación 50001-23-00-000-2004-20516-01(41023), 25 de julio. María Adriana Marín.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2020). Radicación 25000-23-36-000-2015-00850-02(66022), 6 de noviembre. C.P José Roberto Sáchica Méndez.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (2021). Radicación 68001-23-33-000-2014-00656-01(58372), 2 de julio. C.P José Roberto Sáchica Méndez.

Dávila, L. G. (2016) *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Editorial Legis.

Deik A.C. (2019) *Potestades excepcionales en los contratos estatales*. Editorial Temis.

Devís Echandía, H. (2015). *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis SA.

Escobar Gil, R. A. (1989) *Responsabilidad Contractual de la administración pública*. Temis.

- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2020) *Curso de derecho administrativo*, Editorial Arazandi S.A.U.
- García, D. F. (2009) *Manual de Responsabilidad Civil y del Estado*. Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Garzón, J. C. (2019) *Proceso Contencioso Administrativo*. Editorial Ibáñez.
- Gaviria, A., Diaz, C., et. al (2020) *Estudios de responsabilidad Civil, Tomo I; Estudio 3: Responsabilidad contractual derivada de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales*, pp. 265 – 353, Ediciones Eafit.
- Henaó Pérez, J. C. (1998) *El Daño*. Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. Juzgado 25 Administrativo del Circuito de Medellín (2021). Radicación 05001333302520170033300, 07 del 12 de marzo 2021. Luz Myriam Sánchez Arboleda.
- Matallana, E. (2013) *Manual de contratación de la administración pública*. Universidad Externado de Colombia.
- Medellín, C. E. (2015) *La interpretación iuris y los principios generales del derecho*. Editorial Legis.
- Palacio, J. A. (2020) *La contratación de las entidades estatales*. Librería Jurídica Sánchez SAS.
- Palacio, J. A. (2019) *Derecho procesal administrativo*. (10ª ed.). Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Penagos, G. (2011) *El Acto Administrativo*, Tomo II, Ediciones doctrina y ley Ltda.
- Quinche Ramírez, M. F. (2018) *Derecho constitucional colombiano*. Editorial Temis.
- Santofimio, J. O. (2017) *Compendio de derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Uribe, S, Gil. A. W., Muñoz, J. A., et. al (2014) *Anuario de Responsabilidad Civil y del Estado, Núm. 1. Aspectos generales sobre la responsabilidad precontractual a la luz del estatuto general de la contratación de la administración pública*, pp. 235 -293. Ediciones Unaula.
- Valencia, H. (2018) *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Yong Serrano, S. (2013) *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*. Editorial Ibáñez.